

SÚMULA VINCULANTE

J. J. Calmon de Passos^(*)

1 — Sempre que o objeto da análise é a parte de um todo, o que é necessário para se ampliar seu *conhecimento*, faz-se indispensável, subseqüentemente, seja ela reintegrada ao todo de que foi isolada, para que haja sua *compreensão*. Tenho afirmado em várias oportunidades, e insistentemente, que *nada é sozinho*, bem como *nada é para sempre*. Faz-se imperativo não esquecermos a *interdependência* de quanto existe, incapaz de ser e funcionar solitariamente. Como se impõe termos sempre em mente a precariedade e transitoriedade de todo conhecimento. O presente estudo sobre a *súmula vinculante* atenderá a essa preocupação. Compreendê-la, portanto, exigiu de mim fosse referi-la ao todo de que é parte.

Meu pensar jurídico, eu o elaboro com base em algumas convicções fundamentais para mim e a partir delas e na sua dependência é que me situarei diante do problema da súmula vinculante. A primeira delas é a de que o Direito, algo *produzido* pelo homem para atender a uma exigência básica da convivência social, tem sua razão de ser na necessidade de se compor, impositivamente, os conflitos de interesses que se configurem nas relações sociais. Os homens prescindem do Direito para objetivar sua liberdade, mas dele dependem para viabilizar essa objetivação na convivência social. Conseqüentemente, indissociável do Direito é o valor *segurança*. O homem, ser temporal, tem consciência do tempo vivido (o passado irrecuperável) do tempo que vive (o presente) que já contém nele, como pulsão, o tempo que será vivido, o futuro, imprevisível e incontrolável, por não submetido a nenhum determinismo absoluto. Para escapar à angústia dessa incerteza do amanhã, procura o homem utilizar-se de meios que a minimizem, dos quais o de maior significação é o *compromisso*. Consiste ele na fundada esperança de que o prometido hoje será realidade amanhã, o que torna possível sobrevivermos, confiantes, convivendo. Um dos fiadores dessa fé, e instrumento indispensável para fazê-la realida-

(*) Procurador aposentado do Estado da Bahia, advogado e professor catedrático aposentado da UFBA.

de, é o Direito, que atua de modo significativo, ainda quando subsidiariamente. O *compromisso* assegurado pelo Direito é um compromisso de matriz social, cujo conteúdo são as expectativas compartilhadas pelo grupo, expressas tanto sob a forma costumeira, hoje inadequada, ou no mínimo insuficiente, quanto formalizadas por escrito como preceitos de caráter geral, socialmente legitimados em sua obrigatoriedade e previamente objetivados, que se particularizarão e concretizarão ao serem aplicados aos casos concretos.

Se o *compromisso* é exigência permanente, o conteúdo desse compromisso é contingente e variável, dependente de circunstâncias as mais diversas no tempo e no espaço, submetido ao constante impacto das necessidades humanas e conseqüente pressão que determinam, com vistas a serem satisfeitas. Assim, a par do valor *segurança*, de que o Direito não pode ser dissociado, há o imperativo de sua permanente necessidade de *adequação* à realidade social sobre que opera, isto é, impõe-se, também, sua *abertura*, seu dinamismo, sua não estratificação. Segurança e abertura interagem buscando assegurar a conduta eleita como socialmente a mais desejável, em determinado momento histórico e em determinado espaço político.

A segurança (no sentido de uma ordem social com estabilidade e alguma previsibilidade) não pode, entretanto, prescindir, para que se torne efetiva, de um mínimo de *aquiescência* dos dominados e da redução, ao máximo, da possibilidade de sua resistência a quanto prescrito. Onde se buscar a solução dos conflitos com um grau, mínimo que seja, de satisfação dos governados, para que se faça possível a paz social. Esta é a dimensão (ética) de justiça do Direito.

2 — Outra convicção com que opero ao pensar juridicamente é a de que o comportamento humano, em sua gênese, não tem matrizes jurídicas. Os homens agem movidos pelas necessidades que experimentam, tanto naturais quanto culturais (desejos), e para satisfazê-las adotam comportamentos e utilizam-se de meios os mais variados, institucionalizados ou não. Prescindem, para tanto, do Direito, que normalmente ignoram e não mentalizam no momento de seu agir. Dele somente cuidam, porque necessário, quando indispensável a *compreensão jurídica* da conduta, com vistas à prevenção ou solução de conflitos de interesses. Isso nos leva a concluir carecerem o Direito e, por via de conseqüência, seus operadores, de função conformadora do comportamento individual ou social dos homens. Mesmo quando alguma lhe seja reconhecida, será ela débil e fragmentária, incapaz de se revestir de relevância maior, revelando-se, quando isso é tentado, disfuncional e opressora. Não se pode pedir ao Direito, por conseguinte, mais do que lhe é possível realizar. E só lhe é dado emprestar segurança e alguma previsibilidade à convivência social, mediante a decisão de conflitos por um processo previamente institucionalizado, operando com expectativas compartilhadas pelo grupo social, contribuindo, assim, para consolidar e operacionalizar um sistema de produção e satisfação de necessidades, institucionalizado mediante certa organização política, que lhe dão o conteúdo e lhe ditam o destino. A história não se faz com o Direito nem por ele, sim em decorrência da dinâmica dos confrontos políticos, na sua interrelação com as opções econômicas, cabendo ao Direito apenas debuxar a face

do poder político institucionalizado e realizar, em situações de conflito, o quanto de satisfação das necessidades humanas o sistema de poder viabiliza. O Direito, por conseguinte, antes de ser um agente conformador da convivência social, é, e fundamentalmente deve sê-lo, um instrumento assegurador dessa convivência, que logra realizar em virtude da impositividade que lhe empresta o poder político institucionalizado, ao qual se vincula e do qual depende necessariamente. Sem poder institucionalizado não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Lembraria, aqui, o dizer de *Bobbio*: só o poder cria o direito e só o direito limita o poder. Correto, pois, afirmar-se que a matriz do Direito é o conflito, e sua destinação o resolver conflitos impositivamente, isto é, com segurança, nos limites politicamente predeterminados.

Conclusão necessária: não há um Direito ideal, modelo, arquétipo, em cuja realização estamos empenhados. Há um sistema jurídico dentro do qual atuamos e em sintonia com o qual atuamos. Todo Direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e tem a dimensão de justiça que a real correlação de forças na sociedade possibilita.

3 — Outra convicção que informa meu pensamento jurídico é a de que o Direito não é um objeto da Natureza, mas algo *produzido* pelo homem, socialmente, não de forma irracional e anárquica, sim mediante um processo politicamente institucionalizado. No nosso tempo, em nossa cultura ocidental e em nosso país, ele é produzido mediante um processo constitucionalmente regulado e compatível com um Estado de Direito Democrático. Irrelevantes as avaliações críticas a que tal sistema de governo possa e deva ser submetido. O que nos cumpre é reconhecer que está constitucionalmente institucionalizado e nos termos em que isso foi feito só nos cabe, enquanto operadores do Direito, ajustarmo-nos a ele.

A convivência humana não se dá, outrossim, segundo uma *ordem* predeterminada e necessária, antes se revela, também ela, como algo *construído* pelo homem, fruto, em sua dimensão mais significativa, de deliberações motivadas por uma complexa gama de interesses, insuscetíveis de serem colocados geneticamente como disciplinados pelo Direito, ao qual se reserva, exclusivamente, como já acentuado, a tarefa reguladora da solução de conflitos individual ou socialmente irresolvidos. Daí termos afirmado que o Direito não está na matriz do comportamento humano, representando apenas uma parte da ética, não a própria ética, que o ultrapassa e inclui. Assim sendo, ao Direito não cabe a função de informar e conformar o comportamento humano, em sua dimensão social, sim e exclusivamente a de solucionar os conflitos que decorram dessa convivência e escapem à composição pelos próprios interessados.

Necessário, aqui, aprofundar um pouco a reflexão que fizemos e traduzimos tão sinteticamente. Para isso, nada mais adequado que nos valermos do pensamento de *Luhmann*.

Falar de sociedade, diz ele, é falar de sistema, de ordem social. E como a ordem social é possível? Para ele, o problema que é a origem da gênese e da manutenção da ordem social se configura sob a forma de dois conceitos estreitamente ligados: *complexidade e dupla contingência*.

Por complexidade se compreende o conjunto de todos os acontecimentos possíveis. Desenha-se, assim, o campo ilimitado dos *mundos possíveis*.

Essa complexidade remete a duas idéias. De um lado, um mundo de possibilidades, que não é um mundo real, e para sê-lo se fez necessário que o *acaso* permitisse a decantação de um desses mundos possíveis, para transformá-lo em mundo real. Por outro lado, o campo ilimitado das possibilidades que se denomina complexidade, concebe-se conceitualmente como *caos* e não como *cosmos*. Quando se faz possível uma certa ordem nessa infinidade, reduz-se a complexidade e a sociedade começará a existir¹.

É nessa idéia de redução da complexidade, como processo social permanente, que *Luhmann* situa o motor da evolução dos sistemas sociais. Mas complexidade não significa apenas evolução, ela está presente no começo de toda ordem, na origem de toda interação social.

Se pensamos uma situação originária de contato entre dois indivíduos, sobre o pano de fundo dessa complexidade não reduzida ainda de alguma maneira, isto é, na ausência da sociedade, o problema toma a forma de uma *dupla contingência*. Contingente é o que não é necessário nem impossível, mas simplesmente possível. Quando dois indivíduos entram em contato nesse quadro, cada qual deles perceberá essa contingência, que diz respeito tanto a ele quanto ao outro. Isso não serve a nenhum deles para orientar-lhes a conduta, pois é impossível a qualquer deles conhecer as *expectativas* do outro. Nada é previsível onde tudo é possível; não há expectativas, não há comunicação. Da desordem não rompida não resulta senão a desordem.

A introdução da ordem, a redução primeira da complexidade originária, a ruptura da dupla contingência, não é algo que um demiurgo possa trazer do exterior desta relação, ainda impossível. Isso não é senão a transformação do impossível em possível, da paralisante possibilidade genérica que é a complexidade não reduzida, em possibilidade concreta. Mas é necessário, e é suficiente, que um dos indivíduos faça qualquer coisa. O ato, qualquer que ele seja, de um indivíduo, equivale a uma primeira referência nesse espaço, há uma distinção que põe fim à indeterminação do indiferenciado.

Assim agindo, o indivíduo realizou sua primeira escolha: optou por uma de suas possibilidades de agir. Uma tal seleção contém implicitamente uma primeira oferta à outra parte: a de aderir ou não à mesma escolha, à mesma regra, cumprindo à outra aceitá-la ou não. Produziu-se, conseqüentemente, uma primeira estruturação no horizonte do possível, que se torna pela primeira vez acessível segundo uma dicotomia: aceitar ou recusar. Qualquer que seja a resposta, opera ela por sua vez como seleção, de tal maneira que a outra parte pode, por seu turno, comportar-se

do mesmo modo. Alguma coisa surgiu, indefectivelmente: comunicação, *order from noise*.

O caráter fundador do que é social, que possui este valor comunicativo do que atua, apóia-se sobre seu valor de conexão, que permite ao outro agir, e assim por diante. E desse modo é que se pode engendrar o componente central de toda estrutura social — *expectativas compartilhadas*.

Essa função ele a cumpre de dois modos: a) colocando expectativas compartilháveis, que permitam um mínimo de previsibilidade de como serão compostos os conflitos que vierem a se instaurar na convivência social (o denominado direito material) com o que subsidiária, indireta e fragmentariamente conforma e direciona o comportamento social; b) disciplinando o modo pelo qual os interessados e os agentes públicos devem atuar para prevenir ou solucionar os conflitos de interesses não compostos ou insuscetíveis de ser compostos pelos próprios interessados (o denominado direito processual); c) para o que define a organização que se fará responsável por essas tarefas e a competência de seus agentes (normas de organização). Nessa perspectiva, distingue-se o *processo legislativo* do *processo jurisdicional*, delimitada a função de cada qual deles no espaço amplo da disciplina da solução dos conflitos, específica do Direito, aos quais, na modernidade, e em decorrência da institucionalização do Estado de Direito, se somou o *processo administrativo*.

7 — O Estado contemporâneo, por força de seu intervencionismo e em decorrência da crescente juridicização da convivência humana, tornou-se, também, regulador de ampla área da vida social, máxime em sua dimensão econômica. Chegou-se a falar em direito promocional e sanções premiais, em decorrência do que a função de solução de conflitos quase se deixaria superar por esta outra dirigente e direcionadora, mediante estímulos ou imposições. Assim, ao lado da função de solução de conflitos, haveria a de implementação de decisões políticas a pedir regras cogentes disciplinadoras de comportamentos sociais, cada vez mais numerosas e mais abrangentes.

Essa mudança de enfoque, se verdadeira, em nada alcançou o fundamental da teoria da democracia, ou do Estado de Direito. Permaneceu válido o princípio de que à função legislativa, eminentemente política, cumpre definir diretrizes, princípios e regras e formular planos a que se submete a atividade dos agentes públicos, que só podem o que a lei lhes confere ou atribui, o que vale, por igual, para os magistrados enquanto órgãos de uma das funções do Estado — a jurisdicional. Assim, inexistente uma vontade política a par e ao lado daquela operacionalizada pelos órgãos integrantes da função política (juridicizada toda ela, por força do princípio da legalidade) únicos constitucionalmente autorizados a fixar uma opção, no amplo universo das *possibilidades de ser* emergentes da convivência social, formalizando-a como *dever ser* impositivo à coletividade. As três funções harmônicas, no sentido de que convergem, mas independentes, porque não submetidas uma à outra em suas decisões, implementam uma vontade política única, aquela formalizada em termos de princípios e regras, planos e projetos só concretizáveis se sacra-

mentados pela lei (em sentido lato equivalente a Direito) produzida segundo o processo constitucionalmente previsto para sua formulação.

O alargamento que se deu às funções do Estado não importou em alteração substancial da função de julgar, voltada ainda e exclusivamente para a solução dos conflitos, apenas. Enriquecido esse universo dos conflitos, antes juridicamente impossíveis de configuração, entre os sujeitos de direito em geral e os agentes públicos, limitados agora pela lei, por conseguinte suscetíveis de ser questionados perante os órgãos da função jurisdicional. Não se institucionalizou, por força disso, uma função que às demais se sobrepôs, porque também a função jurisdicional se colocou sob o império da lei e suscetível de deslegitimação pelos agentes das demais funções, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo soberano, diretamente.

Nenhuma limitação, portanto, em termos de definição política, sofreu a função legislativa, que permaneceu como a única legitimada para a formalização da vontade geral, democraticamente expressa e institucionalizada. Novidade foi a atribuição dessa função, com maior ênfase, a agentes executivos e judiciários, em dimensão diversa da anterior e com alcance diferenciado. Aos agentes executivos se deferiu função legislativa excepcional e sempre submetida ao controle e ratificação final do Parlamento ou do próprio povo, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, os referendos e os plebiscitos, para apenas se mencionar o que foi tipificado e disciplinado expressamente entre nós. Com os agentes do judiciário, o mesmo ocorreu indiretamente, em decorrência da necessidade cada vez mais imperiosa da edição de normas estruturadas com conceitos indeterminados, a par da crescente exigência de enunciação de princípios e fixação de valores a que deve se submeter o comportamento social, público e privado, tudo isso necessitado de preenchimento quando de sua aplicação aos casos concretos. Este fenômeno, entretanto, não alterou a antiga correlação funcional, ou seja, a de que há uma *primeira redução de complexidade, de natureza predominantemente, mas não exclusivamente política*, para definição de generalidades, e uma *segunda redução de complexidade, a partir daquela, de natureza predominantemente, mas não exclusivamente técnica*, tendo em vista a necessidade de particularização do que foi definido em termos gerais, quando de sua aplicação no caso concreto. O processo político disciplina e conforma aquela primeira função. O processo jurisdicional e o processo administrativo disciplinam e conformam essa segunda função. Nenhuma delas livre e soberana, sobrepondo-se à única soberania reconhecível num sistema de Estado de Direito democrático — a vontade popular, atuando segundo o processo político constitucionalmente instituído. Consequentemente, a validade das decisões formalizadas pelos agentes das funções enumeradas só ocorre se forem produto de um devido processo legal constitucionalmente institucionalizado, seja um devido processo legal legislativo, seja um devido processo legal administrativo ou jurisdicional. Democracia e arbítrio são incompatíveis e a própria discricionariedade se faz cada vez mais prisioneira de pressupostos legais que a civilizam.

8 — O imperativo do princípio da legalidade e o postulado, essencial à democracia, de que não há senhores nem súditos, todos iguais e devendo se submeter à única vontade soberana e constitucionalmente formalizada (lei em sentido lato) impõe a impugnabilidade e o controle de toda e qualquer decisão de todo e qualquer agente do poder. Decidir sem possibilidade de controle é decidir de forma incompatível com o sistema democrático. Desse imperativo não escapa a decisão judicial. O magistrado não é um soberano, nem um Deus, é um servidor. Essencial, portanto, em qualquer ordenamento processual democrático, a impugnabilidade de toda decisão que envolva interferência na liberdade ou no patrimônio de alguém. Daí a indeclinabilidade de um sistema de recursos. Costuma-se dizer, de modo já superado, que a previsão de impugnação para as decisões é homenagem que se presta à inconformidade das pessoas, diante de uma primeira decisão que lhe seja desfavorável. Velha e imprestável justificativa. O direito de impugnar qualquer decisão judicial é direito fundamental, decorrência necessária, essencial, do sistema democrático, ao qual repugna toda e qualquer forma de arbítrio e impõe o império da lei. Se fosse possível decidir de forma soberana, porque insuscetível de controle, soberano seria o magistrado, não a lei, não o povo presente e atuando por suas instituições constitucionalmente consagradas. E é esse imperativo que também repele se possa dar ao mesmo preceito normativo, de caráter geral, entendimentos diversificados, como se a redução da complexidade maior, tornando as inúmeras possibilidades de ser em um dever ser determinado, não fosse tarefa da função política e dos órgãos que a integram, dos quais o mais eminente é o Parlamento. Essa exigência indeclinável do Direito num sistema democrático impõe, e isso ocorre universalmente, a previsão de órgãos de cúpula, cuja atribuição é, precisamente, velar por que o valor *segurança* não seja erodido em nome de uma *adequação* carregada de subjetivismo, para só falar no que, sendo indesejável, não traduz algo menos nobre. Num sistema democrático, deveríamos todos, quotidianamente, repetir, como uma espécie de jactatória jurídica, que nada autoriza ver-se o magistrado como um homem diferente de todos os demais homens, mais sábio, mais puro, mais justo, mais corajoso e mais isento. Por enquanto ainda não há um laboratório de que saiam, como produto, homens perfeitos. Daí terem os magistrados o mesmo estofo de que são feitos os legisladores e os administradores, os civis e os militares, os leigos e os clérigos, para ficarmos só nesses integrantes do espectro social.

9 — Se é correto o que vem de ser afirmado, será também correto dizer-se que tudo quanto fixado em termos genéricos, frise-se, em termos genéricos, pelos tribunais superiores, obriga aos tribunais e juízes inferiores, tanto quanto a lei. Falar-se em decisão de tribunal superior sem força vinculante é incidir-se em contradição manifesta. Seriam eles meros tribunais de apelação, uma cansativa *via crucis* imposta aos litigantes para nada, salvo o interesse particular do envolvido no caso concreto, muito nobre, mas muito pouco para justificar o investimento público que representam os tribunais superiores.

A solução do conflito reclama do julgador a formação de seu convencimento sobre os fatos e subseqüente formação do seu convencimento sobre o direito apli-

cável a tais fatos, isto é, sua compreensão jurídica desses fatos. Para obviar-se a arbitrariedade, incompatível com a democracia, possibilita-se o controle dessa decisão por outros magistrados, competentes para proceder ao reexame desse julgamento, no pertinente à correção dos juízos formulados sobre os fatos e sobre o direito na decisão impugnada. Nada impede, ainda quando se mostre de todo inconveniente, a previsão de novas impugnações abrangendo o reexame da matéria de fato e de direito, mas isso não é comum nem desejável. Daí porque, a partir desse primeiro reexame, limita-se a faculdade de impugnar as decisões judiciais exclusivamente a matéria de direito, vale dizer, exclui-se a discussão sobre os fatos e trabalha-se com uma hipótese de fato tida como firme e insuscetível de contestação (tipificada). Aqui se faz presente a competência dos tribunais superiores, exigida para o controle dos erros e da diversidade de interpretação das normas gerais positivadas no ordenamento, em sua aplicação ao caso concreto. Essa atividade, se redundante em benefício do litigante, mediamente, objetiva, contudo, precipuamente, eliminar, quanto possível, toda e qualquer forma de insegurança e de arbítrio, decorrente de entendimentos livres, diferenciados e conflitantes dos tribunais competentes para reexame da matéria de fato e de direito. Sobrepondo-se ao interesse subjetivo dos contendores, aqui adquire relevo o interesse político de preservação da eficácia do legislado, atendidos os objetivos formalizados, com precedência, em termos de expectativas socialmente compartilhadas. Tenta-se definir um entendimento *standard* do preceito normativo sem vinculação a fatos concretos.

Cumpra-se, entretanto, para a circunstância de que os tribunais superiores, por exigência operacional, dividem-se internamente em termos de competência. Assim, há decisões que são do órgão, em sua plenitude, e outras oriundas apenas de seus segmentos organizacionais. Essa diversidade tem relevância para o problema do efeito vinculante de suas decisões. Normalmente lhes chegam as *questões de direito* no bojo de um conflito entre sujeitos determinados e com determinado objeto, cumprindo-lhes apenas decidir sobre o correto entendimento da norma aplicada aos fatos como verificados no processo, por conseguinte a uma hipótese de fato já tipificada e insuscetível de reformulação, o que lhe retira consequência vinculante, seja pela particularidade da interpretação, seja pela parcialidade (no sentido de parte de um todo) da decisão. Nessas hipóteses, as decisões dos tribunais superiores orientam, mas não vinculam, podem revestir-se de determinada força de convencimento, pela coerência lógica de sua fundamentação, pelo prestígio do órgão e dos julgadores que a proferiram, mas não vinculam, porquanto apenas capazes de efeitos vinculantes indiretos, por via da força de convencimento de que sejam dotadas, o que já foi denominado de *força persuasiva*. A par disso, ainda podem ensejar efeitos vinculantes reflexos, pela oportunidade que oferecem de liberar os órgãos inferiores da responsabilidade de maiores esforços hermenêuticos na solução de casos concretos.

Cóisa bem diversa ocorre, a meu ver, quando se trata de decisão tomada pelo tribunal superior em sua plenitude e com vistas à fixação de um entendimento que balize seus próprios julgamentos. O tribunal se impõe diretrizes para seus julga-

mentos e necessariamente os coloca, também, para os julgadores de instâncias inferiores. Aqui, a força vinculante dessa decisão é essencial e indescartável, sob pena de retirar-se dos tribunais superiores justamente a função que os justifica. Pouco importa o nome de que elas se revistam — súmulas, súmulas vinculantes, jurisprudência predominante ou o que for, obrigam. Um pouco à semelhança da função legislativa, põe-se, com elas, uma norma de caráter geral, abstrata, só que de natureza interpretativa. Nem se sobrepõem à lei, nem restringem o poder de interpretar o direito e valorar os fatos atribuídos aos magistrados inferiores, em cada caso concreto, apenas firmam um entendimento da norma, enquanto regra abstrata, que obriga a todos em favor da segurança jurídica que o ordenamento deve e precisa proporcionar aos que convivem no grupo social, como o fazem as normas de caráter geral positivadas pela função legislativa.

Um exemplo talvez ajude a esclarecer. Se o tribunal superior, em decisão plenária (não necessariamente unânime) fixou o entendimento de que as ações de investigação de paternidade são imprescritíveis, apenas suscetíveis de prescrição as ações de petição de herança, esse entendimento vincula todos os julgadores em todos os níveis e já não pode ser contraditado, exigindo-se modificação legislativa para afastá-lo, ou revogação do entendimento por subseqüente e fundamentada decisão plenária.

10 — Vê-se, por conseguinte, que a força vinculante das decisões dos tribunais superiores, para que exista, reclama certos pressupostos que lhe são essenciais. Presentes eles, vinculam, independentemente de previsão legal expressa, e vinculam como decorrência necessária do próprio sistema jurídico e seu modo constitucional de operar. Ausentes eles, carecem de força vinculante, pelas mesmas razões antes expendidas, nem podem se revestir dessa eficácia, também por força de imperativo do sistema. Naquelas condições, inaceitável falar-se em mero efeito persuasivo, porquanto o caso concreto é projetado para um plano secundário, fazendo-se objeto da decisão o entendimento que lhe deve ser dado nas hipóteses de sua aplicação em casos particulares, dotado, portanto, de generalidade tal que se mostre apto para abarcar quantas variações fáticas mediatas sejam imagináveis, em termos de tipificação do suposto normativo, no caso concreto.

11 — Correndo o risco de parecer redundante, gostaria de retomar, em outro nível e por outra forma, reflexões precedentemente realizadas. Acredito que ajudaria ainda mais a percepção do que afirmo se adicionasse ao que já disse outros esclarecimentos.

A convivência social põe para o indivíduo ou para os indivíduos, em cada situação concreta em que se situem, um complexo de alternativas de comportamento. Figuremos um exemplo. Deseja-se solução para o problema do inaproveitamento das terras que sejam da propriedade de particulares. Não há, para esse problema, uma solução *única*, inelutável, impositiva. Inúmeras podem ser pensadas. Reduzir essa indeterminação de modo a se emprestar previsibilidade ao comportamento individual e segurança de sua efetividade, reclama-se defina, dentre a gama de possi-

bilidades de *ser* que a situação em foco contém, uma que se revista do caráter de um *dever ser* institucionalmente em condições de obrigar e concretamente ordenar o comportamento social. Essa primeira opção é de natureza política e deve ser formalizada pelos órgãos responsáveis pela função legislativa. Esse *dever ser enunciado*, porque linguagem, discurso, jamais será capaz de ensinar *uma única e necessária* interpretação, eliminando toda e qualquer possibilidade de subseqüentes alternativas, conduzindo sempre, em toda e qualquer situação concreta de conflito, a um só *tipo* de decisão. Há, por conseguinte, a necessidade de uma nova redução de complexidade, colocada, agora, a cargo do administrador e do particular destinatários da norma. Caso disso decorra algum conflito, ou algum conflito se mostre potencialmente possível, a tarefa é transferida para os órgãos da função jurisdicional, que formularão o entendimento redutor, com impositividade, no caso concreto. Essa segunda redução de complexidade não pode ser nem arbitrária nem discricionária, visto como se negaria, aqui, o princípio que informou a primeira redução de complexidade, tornada inócua e nenhuma. Por outro lado, se essa atividade se dá num sistema democrático, tanto aqui, quanto ali, se pede a adequação ao devido processo legal respectivo. Por via de consequência, e conclusão necessária, inexistindo no sistema um processo mediante o qual se empreste, no máximo possível, unidade nessa segunda redução de complexidade, gerando-se maior previsibilidade e mais segurança, nega-se quanto antes afirmado, disfuncionalizando-se o sistema como um todo. E aqui mais um argumento em favor da força vinculante das decisões dos tribunais superiores, nas condições já apontadas.

Assim entendendo, sempre me senti algo perplexo com a celeuma criada em torno do problema da súmula vinculante, contenda que me pareceu muito mais fruto de má comunicação e de deficiente informação dos envolvidos do que de algo inerente ao problema.

12 — Outro aspecto do problema que me parece inadequadamente focalizado é não se distinguir, para efeitos de vinculação, decisões de natureza constitucional das que desse caráter não se revestem, bem como a comparação que se tenta fazer entre a força vinculante dos *stare decisis* do sistema da *common law* e a força vinculante das decisões dos tribunais superiores nos sistemas do *civil law*.

Começemos pelo segundo, por mais próximo do que foi precedentemente analisado. No sistema da *common law*, como sabido de todos, o direito legislado não é o predominante. O processo costumeiro de sua edição leva a instituir os tribunais como órgãos a que se defere a tarefa de editar normas que possibilitem a previsibilidade e segurança indispensáveis à convivência social. Daí que o precedente tenha força obrigatória, à semelhança da norma legislada, pelo que nele se tornam relevantes as questões de fato que lhe serviram de suposto. Diversamente ocorre no sistema da *civil law* em que a positivação do direito já define a hipótese de fato colocada como suposto da consequência imputada, mesmo quando alguns elementos do tipo sejam deixados para subseqüente preenchimento hermenêutico pelos magistrados. Essa particularidade será perfeitamente detectada com a leitura de trabalho recentemente publicado sobre o *stare decisis* do sistema anglo-saxão na

Revista dos Tribunais, v. 702, p. 07 e segs., de autoria de Edward D. Re. Dissociar o operar dos magistrados, no sistema da *common law*, da força obrigatória dos precedentes, bem como abstrair do precedente as questões de fato que o justificaram, seria instituir um sistema jurídico anárquico, senão catastrófico. A par disso, o sistema da *common law* tem peculiaridades em termos de formação, recrutamento e controle dos magistrados, desconhecidos e não utilizados no sistema do *civil law*. Por força disso é que me irrito quase virulentamente quando vejo nossa vocação macaqueadora esforçar-se por nos maquiar com os cosméticos de nossos irmãos do norte, que graças a Deus têm um magnífico desprezo pelo que somos e pelo que fazemos e não desejam nos impingir, garganta abaixo, os alimentos e remédios de que se valem. Leitura bem proveitosa seria também a do livro de Mirjan R. Damaska, que recebeu na tradução italiana o título de *I volti della giustizia e del potere*, merecedora de uma *Introdução* elogiosa de Michelle Taruffo, que nos esclarecerá e conscientizará dos riscos de rejeição que todo “transplante cultural” em matéria de disciplina jurídica da vida social determina. Valeria a pena lembrarmos-nos de que os países do sistema da *common law* são exceções, fruto de peculiaridades de natureza histórica e cultural inexistentes em outros países e que, por força disso, desautorizam o “transplante” que se pretende ou que se propugna deva ser feito, salvo se fôssemos capazes de *refazer* a nossa História ou milagrosamente, independente disso, *remodelarmos* nossa sociedade.

13 — Por outro lado, a impugnação que tem por objeto uma *questão constitucional*, mesmo quando de ação direta não se cuide, é sempre ou impugnação apenas pertinente ao caso concreto, ou da interpretação dada ao dispositivo constitucional para sua aplicação ao caso concreto ou, finalmente, da própria validade da norma que se teve como reguladora da espécie em face do sistema constitucional.

Se não laboro em equívoco, há uma peculiaridade no caso da hermenêutica constitucional inexistente na tarefa interpretativa dos preceitos da legislação ordinária. Ao explicitar o alcance e entendimento do dispositivo constitucional, a decisão, mesmo na prejudicial de inconstitucionalidade, vinculada a determinado pleito, envolve sempre a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado dispositivo legal, aquele cuja incidência ocorreu na espécie sob julgamento. Ainda quando o objeto da questão constitucional seja a impugnação de um ato de governo, o que se põe para julgamento é sempre a interpretação de determinado dispositivo constitucional, por conseguinte seu espaço de regulação. Por conseguinte, em nenhuma hipótese há o interesse exclusivo dos litigantes, presente sempre, e predominante a necessidade de velar pela supremacia da Constituição a par da imprescindibilidade de haver previsibilidade e segurança, para os jurisdicionados, em grau maior do que a exigida para os preceitos infraconstitucionais. Essa dimensão dos julgados do Supremo Tribunal Federal reclama uma teoria geral da coisa julgada, ou se preferirmos da imutabilidade e imperatividade dos julgados, de sua extensão subjetiva e alcance objetivo, diversa daquela com que operamos quando se cuida de decisão de natureza não constitucional.

14 — Tentarei exemplificar para esclarecer. Impugnada uma decisão, por entender-se ter sido inadequadamente motivada, pelo que teria vulnerado o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, a conclusão a que chegue o Supremo Tribunal Federal só dirá respeito ao caso concreto, pois não se põe em questão a validade da norma aplicada em face do preceito constitucional, sim a violação de preceito constitucional com a aplicação que se deu ao dispositivo no caso objeto do julgamento. A invalidade seria da norma particular editada para o caso concreto. Cuide-se, entretanto, de impugnação em que se sustenta que a motivação da sentença não pode ser tida como existente e satisfatória só porque formalmente posta e dotada de aparente coerência lógica, porquanto o preceito constitucional implica na exigência de uma motivação de natureza substancial, vale dizer, reveladora da correlação necessária entre os fatos ditos provados e a prova produzida, os fatos ditos provados e a conclusão deles tirada e os fatos como considerados provados e o direito aplicado, a decisão do Supremo que definisse o alcance do art. 93, IX, da Constituição extrapolaria os limites do caso concreto, ainda quando proferida em recurso oferecido por determinado litigante, com vistas ao seu interesse, referida, imediatamente, à solução de um caso concreto. Por fim, podemos figurar a hipótese em que se questiona a constitucionalidade de um preceito legal que, por exemplo, em procedimento sumário, admitiu contivesse a motivação “apenas o essencial”, pelo que se tem como inválida a decisão que nele se fundamentou. Aqui, a decisão do Supremo, além de solucionar o caso concreto, decide, necessariamente, sobre a validade ou invalidade (objetivamente) de determinado preceito legal integrante do ordenamento jurídico, afirmando sua inaplicabilidade por ofensa ao sistema constitucional.

Acredito incidiríamos em equívoco caso dêssemos às três hipóteses igual tratamento, como entendo também erraríamos se dêssemos às decisões de Turmas do Supremo uma eficácia diferenciada daquela que precedentemente atribuímos às tomadas por segmentos organizacionais dos tribunais superiores. Daí parecer-me que, em se tratando da primeira hipótese figurada no parágrafo precedente, jamais se deveria permitir recurso ao Pleno e a decisão disciplinaria somente o caso concreto, e apenas seria apta para isso, operando os princípios conhecidos e disciplinadores dos efeitos objetivos e subjetivos da coisa julgada. Considerações que fossem feitas pelos julgadores e capazes de figurar como diretrizes e fixação de princípios na espécie, seria, para utilizar a terminologia dos juristas da *common law*, meros *dicta*, com efeito apenas persuasivo, jamais vinculativo.

Nas outras duas hipóteses, o recurso ao Plenário deveria ser proporcionado, inclusive mediante iniciativa dos julgadores, à semelhança da uniformização de jurisprudência, revestindo-se a decisão plenária (nunca a das Turmas) de força vinculante e inclusive as decisões referentes à última hipótese figurada, terão eficácia *erga omnes* e produzirão as conseqüências atribuíveis às ações diretas de constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

15 — Ficam por analisar as conseqüências que decorrem, para os postulantes e para os julgadores, desse efeito vinculante. Guardando coerência com nossa posi-

ção, deve-se aproximar a súmula, ou jurisprudência com força vinculante, da norma de caráter geral editada pelo legislador. Nem pode valer mais, nem deve valer menos. Assim, sua violação acarreta o mesmo que deve acarretar toda violação da lei pelo magistrado, não sendo aceitável se dê àquela violação um tratamento privilegiado. Se a violação da lei pelo julgador, em detrimento do jurisdicionado, é negligenciada pelo ordenamento, que deixa os vários sujeitos postulantes à mercê de um sistema autoprotégido, fechado e corporativo, produtor de imunidades, não se deve nem pode permitir que a violação da jurisprudência vinculante acarrete o que não acarreta a flagrante, despudorada e audaciosa violação da lei e do dever do magistrado de julgar com isenção ao decidir casos concretos. O juiz inferior não é subalterno do juiz superior, pois que ambos detêm o mesmo poder e só se distinguem em termos de competência. O juiz é, entretanto, um servidor do cidadão, dos membros do grupo social que o instituiu politicamente como agente de uma função pública, que por destinação e origem é e só pode ser serviço. Seria agravarmos o que já é tão grave entre nós exacerbar a violação do menos enquanto deixamos impune a violação do mais, caso o desrespeito à súmula acarretasse consequências mais severas do que a violação da lei.

O difícil equilíbrio que se deve buscar entre a segurança que o ordenamento precisa proporcionar aos indivíduos em suas relações sociais e a independência dos juízes, a serviço da também inegável dinâmica dos fatos sociais, com repercussões sobre o entendimento dos preceitos jurídicos e sua aplicação aos casos concretos, esse difícil equilíbrio, a meu ver, tem solução, se não perfeita, largamente satisfatória, com a previsão da responsabilidade política, administrativa, penal e civil do magistrado em caso de erro inescusável. E o que é o erro inescusável? Os que vimos sofrendo na pele os efeitos dos “arreganhos” dos malformados temos perfeita e empírica percepção do que seja. A decisão do magistrado que se mostra em manifesta discrepância da prova dos autos, em manifesta discrepância do entendimento predominante, ou não, de doutrinadores e julgadores, ou que desse entendimento discrepando carece de fundamentação séria de natureza dogmática. Fora dessas hipóteses, fica o espaço oxigenado em que operam, os que porfiam por encontrar, usando os instrumentos “lícitos” — e tão numerosos eles são — que a ciência do direito (dogmática conceitual, dogmática hermenêutica e dogmática da decisão) lhes proporciona, inspirados por conseguir o máximo de satisfação para os interesses em conflito, naquela dimensão carregada de imprecisão e rica de provocação que apelidamos de Justiça.

Nem se pode aceitar que a liberdade reconhecida ao juiz para interpretar a norma de caráter geral lhes seja subtraída quando se cuida de interpretação de súmula vinculante. Donde ser admissível reconhecer-se sua não-aplicabilidade num caso concreto, desde que justificada a posição do magistrado, tal como ocorre quando se cuida da hermenêutica de um dispositivo legal. Tudo será problema de clareza e de pertinência das indagações que sejam feitas, tendo em vista sua aplicabilidade ou não. Essa paridade entre a lei (norma geral) e a súmula vinculante (norma interpretativa de caráter geral) é indispensável e se me afigura, como o dito antes, uma decorrência do sistema.

Talvez só porque, infelizmente, no Brasil pós 1988 se adquiriu a urticária do “autonomismo”, e todo mundo é comandante e ninguém é soldado, todo mundo é malho e ninguém é bigorna, talvez por isso se tenha tornado tema passional o problema da súmula vinculante. E isso eu percebi muito cedo, quando, falando para Juizes Federais sobre a irrecusabilidade da força vinculante de algumas decisões de tribunais superiores, um deles, jovem, inteligente, vibrante me interpelou: Professor Calmon, e onde fica a minha liberdade de consciência e o meu sentido de justiça? Respondi-lhe, na oportunidade, o que aqui consigno. Esta mesma pergunta não seria formulável, validamente, pelos que, vencidos, sofrem os efeitos da decisão que lhes repugna o senso moral e lhes mutila a liberdade? Por que os juizes poderiam nos torturar e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança aos jurisdicionados?

Se somos todos independentes, o Ministério Público, o Judiciário, o Executivo, o Legislativo, os sindicatos, as organizações não governamentais, os sem isso ou sem aquilo ou os pró-isso ou pró-aquilo, então coloquemo-nos todos juntos, mas cada qual no seu bloco do “eu sozinho” e seja o que Deus quiser, ou o diabo arrumar. Amém.

16 — De tudo quando exposto, concluímos por afirmar que o problema da força vinculante das decisões dos tribunais superiores, mesmo sem texto expresso, até desnecessário, ainda quando conveniente, decorre da lógica do sistema e só pode existir nessa mesma perspectiva. Se esquecermos nossos “melindres corporativos”, nosso “autoritarismo congênito”, nossa tendência do falar pelo falar sem ter a preocupação de pensar para falar, se nos esforçarmos nessa linha, creio que chegaremos ao entendimento sempre possível entre os que realmente põem o coletivo, o público, o que é do interesse geral como prioridade, porque sabem que se o indivíduo é a única realidade e não há interesse que também não lhe diga respeito, sabe também que nenhum interesse individual é viável, em termos duradouros e profícuos, se for apenas, estreita e mesquinhamente, um interesse individual, ou um interesse dito coletivo, mas em verdade corporativo, de grupinhos, grupelhos ou grupamentos. Se a parte não for referida sempre ao todo de que foi retirada ou que integra, poderemos ser sujeitos sabidos, nunca teremos, entretanto, a *sabedoria*, indispensável para que se possa ter aquela boa vida humana da multidão sem a qual até mesmo a felicidade pessoal se faz problemática. (artigo escrito para o livro em homenagem ao Prof. Rodrigues Pinto, a ser publicado pela Ltr.)

Nota:

1 — Veja a respeito *Rev. de Direito da USP*.